

日本国憲法の有効性とその本質に関する一考察

石 田 琢 智

はじめに

1. 現行憲法の問題点
2. 憲法制定の動機
3. 「日本国憲法」に対する反応
4. 対日講和条約締結後の日本国憲法
5. 何故法の整合性が要求されないのか
6. まとめ

はじめに

戦後レジームからの脱却が議論されている。これは政治の問題であるが、法治主義の国家に於いて、政治は往々にして「法律」の形態をとって体现され、特に「憲法」は、政治そのものを制限する機能を有する。従って、わが国が「より良い政治」を行うに際し、現行の憲法による束縛、制限がその阻害要素となっているとするならば、これを「解釈」、「改正」または「否定」する事により、より良い政治を行う事は国民の幸福に繋がるものである。

現行憲法は制定以来もはや60余年を経過しており、もし「変遷」などの「解釈」の変更を伴わず、純粹にこれを墨守した場合、この間の社会的変化、国民意識の変化、および国際社会の変化に対応できていない事は明白である。本来、政治は国家の安全、国民の幸福、国家の発展に資するべきもので、憲法を墨守するが故に国民の幸福や、国際社会に於ける国家の発展を阻害するものであっては本末転倒である。

また、現行憲法には数々の矛盾も散見される。憲法第九条と自衛隊の存在などは典型的な例である。しかしながら、未だに憲法に就いて「無効宣言」なり「改正」、「創憲」など、日本国民自らによる憲法の制定もしくは確認が行われておらず、積極的な国づくりが行われていない現状では、結果として相変わらずアメリカ従属型であると捉えられても仕方がない。

自衛隊もまた軍隊ではなく、自衛官は軍人でなく特別職国家公務員である。従い、憲法上は「武官」は存在せず、すべての公務員は文民であるはずであり、第66条の文民規定は矛盾したものであるといえよう。安全保障をアメリカに依存しているということは、わが国はアメリカの保護国乃至は隷属国家であり、保護国の主権は制限されるものであるともいえる。隷属国家である以上、自衛隊の誇る先進的な兵器も、アメリカからの衛星情報が得られなければその性能は発揮できない。

本来、現実や国柄に基軸をおいて憲法を含む法律を合わせていくべきであって、いくら現在の日本国憲法が理想的であっても、もちろん理想は追求するものではあるが、「現実」という存在があるのであるから、現実を憲法に合わせるなどということは不可能なのである。この歪みによってわが国の富が外国に収奪されるようでは、政治が機能していないともいえよう。

本論では、憲法に存在する各個の矛盾点を特に指摘、分析することや、改憲を主張することを目的とするのではなく、問題点の指摘は憲法の性質や矛盾点を展開するためのものに留め、わが国にとって「憲法」とはどのような存在であるのかを分析し、今後予想される改憲または創憲の一助となるよう考察を進めたい。

1. 現行憲法の問題点

現行憲法は、「硬性憲法」であるが故に時代の変化に対応することが難しい。必要によって改正を試みた場合でも、全国会議員（出席者ではない）の3分の2以上の賛成を得、更に国民の過半数の賛成が必要であると、改正要件が加重されている。一見問題無さそうにも思えるが、自由・民主主義であるわが国に於いては様々な意見が存在し、また、国民の参政意識も低いため、余程の国難に遭わない限り改正は困難である。根本規範である憲法が、時代の変化に即応可能な形である方が理想的であることは言うまでもない。この硬直性は、わが国の現行憲法の問題点であろう。

また、この他にも個別の問題として以下のものがある。

- ・ 第七条四項 「国会議員の総選挙の施行を公示すること。」
→ 総選挙は衆議院のみであり、参議院は普通選挙である。
- ・ 第七十六条第二項 「特別裁判所は、これを設置することができない。」
→ 第六十四条第一項 「国会は、罷免の訴追を受けた裁判官を裁判するため、両議院の議員で組織する弾劾裁判所を設ける。」

などの明文上の矛盾があり、他にも：

- ・ 自然法で認められている生存権および自衛権を他国に委任してしまっている。
- ・ 両性の平等と女子大の存在
- ・ 第89条の規定と私学助成の問題

などの論点が存在する。また、通常憲法に記載されている文言で、日本国憲法に記載されていない欠落事項も存在する。例えば：

- ・ 領土、領海の明記

・国家安全保障上の不備（敗戦当初は「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼すること」で防衛とした）

などがある。

更に言えば、国号、国歌、国旗、政体などが挙げられるが、これはわが国固有の文化であり、自明の理と解釈できる。

以上述べた中で最も重要なのが国家安全保障である。政府は国を守る義務を有する。先の大戦当時は、極東に於いてはわが国の軍事力が他国に比して強大であり、従い、わが国が軍事行動を起こさなければ極東、乃至わが国の安全は保全される状態にあった。しかし現在は如何であろうか、「日本だけが強国であり、他国はとるに足らないから九条は重要である」などと考えているのであれば「傲慢」であろう。現在、アジアには核兵器、長距離ミサイル、大陸間弾道弾、原子力潜水艦など、わが国が保有していない兵器を有する国が存在している。また、技術的にも有人人工衛星を打ち上げたり、人工衛星を破壊できたりするミサイルを備え、数年内には航空母艦やアメリカに頼らないイージス艦をも保有できる国も存在するのである。

翻ってわが国は如何であろうか。防衛費用は確かに大きいものがある。しかしPPP（購買力平価説）で計算した場合、近隣諸国とどの位の差があるのだろうか。また、「国力」や「防衛力」は掛け算で計算されるため、いくら優秀な兵器を有していようと、それに伴う「国家戦略」や「法制」が整っていなければ、何にゼロを掛けても「ゼロ」である。この国家戦略の欠如も、憲法の弊害と言えるかも知れない。安全保障はアメリカに頼り、日本は経済的な発展を目指すという「吉田ドクトリン」は、わが国がアメリカに従属せざるを得ない体制を構造的に作り上げ、わが国から国家としての体裁を奪っているのである。

また、集団的自衛権というものが存在する。自衛隊（法の制約で活動が制限されており、その意味では警察予備隊と変わらない）は、厳密に憲法に照らせば違憲であると考えられる。しかし「法の変遷」、「自然法」などの法解釈によって、合憲の扱いを受けている。しかし専守防衛のため、自らが攻撃を受けなければ反撃（正当防衛）できないことから、国際貢献などで海外に出向いても、危険地域では他国の軍隊に守ってもらわなければならない。また、海上などでアメリカの艦隊と合同で演習している際に、アメリカ軍が攻撃されてもわが国はこれを助けることはできない。これが集団的自衛権の現実的実態であり、法制局によると、「わが国は集団的自衛権を有してはいるが、これを行行使うことはできない」、とのことである。大学に例えれば、「あなたは合格して学費も納入され、確かに本校の学生です。しかし授業を受けることはできません」、または、「何かあっても私はあなたを助けませんが、あなたは私を助けて下さい」ということと同義であり、不条理かつエゴイズムである。本論は憲法が主体であり、安全保障の問題をことさら取り上げるつもりはないが、主権や外交、安全保障は国家統治の根幹であり、敗戦国であるが故にいつまでもアメリカ製の憲法で拘束され、保護されることに満足し、自ら自立をしないようでは、責任のある独立国とは言えないのではないか。戦後レジームからの脱却というスローガンも憲法とは無縁ではないのである。

2. 憲法制定の動機

憲法を論ずる際に、通常は「日本国憲法の制定の過程」等がくるものと考えますが、この問題は既に語り尽くされており、60年代、70年代ならともかく、現在は「マッカーサーの意向」によるものであったことは明白である。1945年にわが国は敗戦を迎え^①、GHQ（General Headquarters：わが国では「連合国軍最高司令官総司令部」GHQ／Supreme Commander for the Allied Powersを指す）最高司令官ダグラス・マッカーサー元帥の強力な指導の下に、従来の諸制度が禁止、制限、または改革され、徹底した言論統制のもとで、新たな諸制度が陸続と設けられていった。これは敗戦（ポツダム宣言受諾）、東京裁判（極東国際軍事裁判）から続く一連のものであり、勝者の敗者に対する懲罰の要素を含んでいたのは疑問の余地が無い。東京裁判で連合国からA級戦争犯罪人とされた人物への起訴が天長節（天皇誕生日）に行われ、死刑執行が皇太子（今上陛下）の誕生日であったことなどから、東京裁判の意向が理解できる。また、証人に対する偽証罪も無く、罪刑法定主義、法の不遡及の原則など、法の運用または裁判の原則はすべて無視されており、日本側弁護資料の不採用、通訳の部分中断、更にはイギリス領インド帝国のラダ・ビノード・パール判事^②の「全員無罪論」の無視、フランスのアンリー・ベルナル判事の「すべての判事が集まって協議したことは一度もない」との証言、アメリカ側の無差別大規模殺戮の不問など、裁判の目的は明白である。このような戦後の対日政策の中で最も重大かつ重篤な影響をもたらしたものが「日本国憲法」である。以上の点から「日本国憲法」およびその作成に対するマッカーサーの意図は既に明確になっている。また、短期間に作成されたことも、極東委員会の日程が迫るにつれ、アメリカの影響力の相対的低下を恐れたマッカーサーが、新たな、自己の意に沿う「日本国憲法」制定を急いだためである。そのため、上述のような矛盾をかかえたまま公布に至ったものと考えられる。

この「日本国憲法」の前文は「日本国民は～」から始まり、主権の存する日本国民の総意により制定されているようになっているが、敗戦当時の日本国民に全く新しい体制を周知させるべくもなく、また、サンフランシスコ平和条約締結以前は、わが国は被占領国であり、主権はGHQがこれを行使し、国民には存していなかったのである。内容も、「その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利はこれを享受する」とあるが、これは「人民の、人民による、人民のための政治」(of the people, by the people, for the people) といったリンカーンの焼き直しにすぎない。このような干渉は憲法だけの問題ではなく、日本の伝統的な文化の禁止または制限、航空機産業の禁止など、わが国の古代からの歴史を分断し、民族性を抹殺し、将来に亘って強国たりえないよう計画されたものであると言えよう。現に西洋列強の侵略、統治により、自国の歴史、文化や言語さえも抹殺されてしまった国も多いのである^③。

このように、アメリカは、東京大空襲（焼夷弾を使用）、広島、長崎への原爆投下など明らかに民間人を対象としたホロコーストを行っている（因みに原爆を投下したアメリカ空軍のパイロットは、わが国から勲章を受けている）。「人道に対する罪」はアメリカにこそ問われるべきものである。ここではGHQによる憲法制定から憲法の在り方を捉えるが目的

であり、その歴史的環境を考察するためにアメリカばかりを挙げてきたが、戦争犯罪という点では、旧ソビエト連邦も同様である。ソビエト連邦は、日ソ不可侵条約を一方的に違反してわが国に対する侵略を始めたのである。これは単なる侵略ではなく、わが国の富の収奪およびシベリアへの強制連行、強制労働を伴った非人道的なものであった。また、更に恐るべきことに、この違反はアメリカおよびイギリスが、ヤルタ秘密協定で承認しているのである。これは国際法体系の破壊であり、国際秩序という文明への侮辱である。

以上のことから、「歴史は勝者によって作られる」ことが実証され、また、現在に至るまでわが国がアメリカに依存しなければ国際社会の中で存続できない仕組みが作られたことが見て取れる。敗戦によって利益を得た者(敗戦利得者)や日本国憲法によって利益を得ている者(護憲利得者)からは反論があると思うが、マクロ的に俯瞰すれば、「日本国憲法」制定の動機は、以上のように明白であると考えられる。朝鮮戦争の勃発とともに、憲法第九条があるにも関わらず、アメリカがわが国に対して再武装(警察予備隊)を命じたことも、わが国がアメリカの属国乃至は保護国となっており、主権国家としての適格性が欠落していることを表わしている。

3. 「日本国憲法」に対する反応

アメリカによる日本占領期間、日本国民には主権はなく、従って「日本国憲法」もマッカーサーによって作られた「連合国占領管理法」であったと言える。

日本国憲法無効論者の挙げる理由には以下のものがある。

- ハーグ陸戦条約43条に違反している
 - 占領者は被占領国の法令を尊重する旨を規定したものの⁹⁾。
- 適用された法律が事後法である
 - 法律不遡及の原則に違反。
- 罪刑法定主義に違反している
 - 法に基づいて量刑するので、法自体が存在していなかった当時では無罪。
- 憲法改正限界説から見て不当
 - 国のあり方、体制など大規模な改正にはおのずから限界があるというもの。
- 日本国内に於いて憲法によらずに死刑執行をされている
 - これは日本国憲法より上位の法が存在していたことになり、憲法を否定している。
- 帝国憲法75条に抵触
 - 摂政は憲法を改正できない。
- 押し付け論
 - 天皇制などを人質にとり、日本国民の合意を経ずして制定されたというもの。
- 日本国民の意思
 - 「日本国民の総意」とあるが、占領下では「日本国民の総意」はありえない。
- 当事者の不在
 - わが国は降伏と同時にGHQの管轄下におかれ、独立国としての主権を失っていた。

- ・生存権、自衛権の放棄
 - 自然権として認められている生存権および自衛権を他国に移譲するのは主権国家としては重篤な欠陥である。
- ・大西洋憲章に違反している
 - 民族自決権が定められているなかで、降伏条件として国体護持を要求し、最終的な政治形態は日本国民が自由に表明した意思で決定するとしたにもかかわらず、憲法改正を指示したり極東委員会による干渉をおこなったりしており、ポツダム宣言及び降伏文書に違反している^⑥。
- ・8月革命説
 - 主権者の変更などという大きな改正は、限界説から言って不可能であり、そのためこの論法は上述の各種無効論を覆すために用いられた。すなわち8月のポツダム宣言受諾の際に、法的な革命がなされ、それにより日本国憲法が制定されたという論法である。従い、改憲のための一切の手続きは形式のみであるとされた。しかし、敗戦後の占領軍による軍事統治の時期に「革命」という大事件があったという理論には些か無理がある。

尚、後に駐日大使を務めた、エドウィン・O・ライシャワー氏も「日本国憲法は、日本人自身によって制定されたものではなかったのだ。」と指摘している。

以上が主な憲法無効論（または押し付け憲法論・マッカーサー憲法論）の概要であるが、サンフランシスコ平和条約締結時点までは、筆者も日本国憲法無効論を支持したい。

1951年9月8日に、サンフランシスコ市でサンフランシスコ条約（対日講和条約）が署名され、わが国と連合国との戦争状態を正式に終結させ、わが国及び日本国民は主権を回復した。従い、憲法前文にある「主権の存する日本国民」という言葉はGHQの欺瞞、もしくは宣伝であったのであり、実際にはこの条約が発効した後に、はじめて日本国および日本国民に主権が戻されたのである。

また、講和条約と同時に、日米安全保障条約が締結され、アメリカ軍は引き続きわが国に駐留することとなった。

4. 対日講和条約締結後の日本国憲法

サンフランシスコ平和条約が発効（1952年4月28日：本来は独立記念日であり、国民の休日とすべきと考える）するまでは、わが国は被占領国であり、国家にも国民にも主権は存在しておらず、検閲すら存在した。従い自主憲法の制定もそもそも不可能であったのである。しかし、サンフランシスコ平和条約以降は状況が異なり、自主憲法の制定が可能であったのである。それどころか時は冷戦の構造下であり、わが国が再軍備することは、アメリカとしても歓迎するところであった。さらには中ソ対立の影響で、中国までもが「日本の防衛費1%は少なすぎる、最低でも3%以上は必要だ」と表明するにいたったのである。

この時、わが国の政治家、国民が、本気で戦後レジームから解放されたく思ったならば、国際的環境としては非常に理想的なものであったはずである。しかし、与党、野党、マスコ

ミ、国民ともに「国の在り方」を規定する「日本国憲法」に対し、ほとんど無関心であった。

日本国憲法の問題点は前項で述べたように様々なものがあるが、最も大きく、また最も諸外国との関係が深いのは、やはり第九条である。日本国民の生命と財産を守るのは警察などの行政機関の役割であり、通常軍隊はさらに高い価値観にあるものを守るのであり、そのために「国民」でもある兵士が生命を賭して守るのである。ただ単に生命の安全が保障されるだけならば、降伏した場合でも生活を続けることができることもあるだろう。しかし、生命と財産を保障するが、日本語は禁止、日本式の生活様式はすべて不可、他国の宗教を信仰することが強制され、他国の食生活により生活するような、統治国の制度によってのみ生存が可能である環境であるとするならば、それは日本なのであろうか。他国に侵略、併呑され、自らの国を失ってしまった人々がいるという現実を直視しなければならない。国という一つの共同体の文化、言語、歴史、価値観、生活様式、風俗習慣などがあってこそ、我々の生活に意味があるのであり、これらが有機的に結合し、他国から侵されることの無い主権を有するのが独立国であって⁶⁾、これを守るのが軍隊であると思う。従い、軍隊が実戦で出動する時は非常事態に限り、その場合は国家、国民の存亡がかかっているものであって、軍事活動は最も優先される事項となる。したがって、危険物の運搬を申請したり、公道を走れなかったり、赤信号で止まったり、私有財産だからといって築城のために賃貸契約が必要だったりしては、不覚をとる可能性が大であり、この点から見ても、憲法自身のみならずからの存在を否定しているとも考えられる。

本来、軍隊は基本的に作戦に必要なすべての行動が可能なのであって、してはならないこと(例えば一般の民間人を殺害してはならない等)を規定するものであり、してよいことを規定すべき性質のものではない。

しかし、わが国の場合は軍隊ではなく自衛隊であるために、一般の国とは逆であり、基本的には民間人と同様であって、必要に応じて一つ一つ法律を作っていく必要がある(例えば有事立法やイラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法など)。これがまさしくアメリカが期待したわが国の弱体化である。冷戦が終了した現在、アメリカの対日政策は従来のものに戻っている。現在、わが国とアメリカは同盟国であるが、アメリカ下院は現在も「極東国際軍事裁判の決定、及び“人道に対する罪”を犯した個人に対して言い渡された有罪判決は有効」との立場を変えていない(2005年7月14日決議)。北朝鮮の核問題でわが国が揺れた時も、ライス国務長官が急遽来日し、「アメリカの核で必ず日本を守る」(だから核は持たないでくれ)とわざわざ明言した。アメリカからの完全な独立は難しそうである。自動車製造の技術が世界のトップクラスであるのに、航空機産業などが遅れているのは、アメリカの制御が効いている証左である。

このサンフランシスコ平和条約から現在に至るまで、わが国の政治家は何を考えていたのであろうか。独立後も安全保障はアメリカ任せで、経済発展のみに力を注いでいたのであろうか。しかし、安全保障を疎かにした分、外交・国際的政治力が弱くなり、何かにつけて資金を供出させられるので、国民の生活はそれほど改善されていない。湾岸戦争の際にもわが国は自衛隊こそ派遣しなかったが、資金提供をした。それでもほとんど評価されていないのである。かけがえのない生命を資金で賄おうとする発想自体が独立国としての気概を欠いて

いるのではないか。湾岸戦争に対し、協力反対なら反対ではっきりと立場を表明すべきであり、反対することもできず、協力して艦隊を派遣することもできず、すべて「金」で解決しようとしていては、国際社会からも信用を失うのではなからうか。

安全保障の問題は、外交問題と絡めて海洋国家であるわが国にとって非常に重要なはずである。だが2009年の1月現在でも憲法改正（または無効宣言）の論議はされていない。しかし上述のようにわが国の憲法は設立された目的が「二度とアメリカの敵になり得る力を持たせない」ためのものであって、当時の敵国に対して、ただ親切に理想や平和を提供してくれたわけではないのである。これは国連憲章の敵国条項などにも表われている。

なお、サンフランシスコ平和条約など、わが国の主権回復に関する時期に関しては、沖縄、奄美諸島など主権回復の時期が異なる地域に就いては本論では除外して考える。

5. 何故法の整合性が要求されないのか

以上述べてきたように、わが国の憲法は、敗戦直後に事実上GHQによって作られ、これにより統治され、サンフランシスコ平和条約により独立を得た後も、60余年に亘り変更されずにいる。改憲議論もあるが、これであると現行の憲法の正当性を認めることに通じる。現行の日本国憲法の成立過程が合法であり、且つ有効であると考えれば改憲を熟慮されればよいのであるが、現行の日本国憲法を、日本国民の民意が反映されておらず、無効であると判断するならば、サンフランシスコ平和条約により独立した時点で速やかに「創憲」するべきであった。また、現行憲法は「改正」の手続きは縛られているが、「廃止」に関する手続きは規定されていない。ただ「これに反する一切の憲法、法令および詔勅を排除する（前文）」と規定されているだけである。また、「8月革命説」を援用して、「法的革命」とすることも不可能ではない。しかし現在までこのような議論が大きくならず、常に「案」の段階で止まってしまい、進展を得ない。どうもわが国では、憲法問題は文化的にタブーであるのかも知れない。

ここで一つ自衛隊の憲法解釈に就いて面白い過去の記憶を思い出した。違憲合憲論である。これは1983年、当時の社会党委員長であった石橋氏が唱えたもので、世論が自衛隊合憲に傾いたことを受けて、「自衛隊は憲法には反するが、その他の法令に合致するので合法である」というものである。過去の歴史の呪縛から抜け出すことができず、かといって現実の国際社会を無視することもできなかつたので、こういう表現になったのであろう。確かに80年代はまだこのような空気が支配していた。健全な国家なら問題にもならないことが、過去のマイナスの歴史を負うわが国では大きなハードルとなっているのである。

筆者は、日本国憲法無効論を支持すると記した。内容に就いて思うところが無いわけではないが、それは現行憲法が日本国民の総意によるものとは言えないと考えたからである。しかし、サンフランシスコ平和条約以降の状況は異なる。独立を果たしても憲法を見直さないとすることは、すなわち現行の日本国憲法を国民が認めているのと同義であるといえる。憲法問題が国会議員選挙の際の票にならないということは、国民のほとんどが現状のシステム、つまり現行憲法に基本的に満足していると考えられるのではないか。つまり憲法の変遷

のみならず、日本国民は現行憲法およびその運用を、その内容とは係りなく、基本的に支持していると考えられることができる。こうなると筆者としても、「国民の総意」にもとづいたものであるならば、問題点があるとは考えても、これを一概に「無効」と考えるわけにはいかなかったのである。

しかし、憲法の条文を厳格に墨守した場合、憲法はわが国の独立国としての体制に対して、大きな制約を課していることは事実であり、多くの有識者の指摘するところである。保守系、革新系、護憲派などからは、ホームページなどを通じて多くの情報が提供されている。しかるに何故、わが国の国民は、例え「消極的な意味」であっても、より良い国づくりを目指すために憲法問題を考えようとはしないのであろうか。わが国は自由・民主主義国家であり、国民は、学問の自由、思想の自由、表現の自由、結社の自由などはすべて認められており、さらに投票を通じて民意を国政に反映させることができるのである。

6. まとめ

以上長くわが憲法が欠陥のあるものであることを記してきた。内容、手続き、文言など各方面で問題があり、例え内容を支持する立場に立っても、その不明瞭かつ矛盾のある文言は明確にすべきと考えるはずである。しかし、日本国民は何ら作業に入らないばかりか、これを容認している。何故であろうか。

ここで一つの現実を見てとれる。日本国民は、個々の問題には関心があっても、国のカタチ、他国との外交関係などには関心が無いのではなかろうか。これは近代社会の到来とともに消滅した「中華法系」の影響も考えられるが、結局は日本人の国民性、つまり日本の文化に由来するものではなかろうか。

つまり、敢えて言えばわが国の憲法は、「不文法」の要素を強く残している憲法なのである。もちろん法治国家であるから、基本的な部分は法律によって律せられているが、本質的なこと（例えば軍隊、元首など）、または末梢的なこと（例えば国会議員の総選挙などの表現上の問題）、は慣習法で理解しているのである。現に他国からの侵略があったらどうするか、という重大な問題に対しても、筆者が今までに行った問いかけに対し、「自衛隊が何とかする」、または「アメリカ軍が助けてくれる」といった回答が大部分であった。アメリカ軍の救援に期待することは「日米安全保障条約」⁹⁾（この条約も法的に問題が多いが）に基づくものであり、日本国民がアメリカへの隷属を認めていることに通じる。しかし、ほとんどの日本人はそうは感じていない。ここに日本人の国際感覚の欠如を感じる。また、自衛隊に期待することは、多くの法的問題による障害によって、実質上軍隊として機能することが不可能であることが国民に理解・認識されていないか、もしくは「超法規的措置」を是認するものであろう。これには「敗戦」という歴史的要因や、GHQなどによる戦後の教育が強く影響していると考えられるが、政治家や官僚を（実質上）信頼し、「御上任せ」の慣習や、逆に「どうせ駄目だ」といった「諦観」は、主権者意識の欠如という点で共通しており、「どうせ駄目だ」、「誰がやっても同じ」といった考えも、主権者としての能動的な行動が伴わない限り、「御上任せ」と同じことである。これは日本の文化であると捉えることができ、

このような文化の土壌の上で、憲法の不文法的存在が成り立つのである。

ここで述べている不文法とは、いわゆるコモン・ローのようなものではなく、ユング心理学でいうところの「集合的無意識」からくる日本人の共通意識からくるものではないかと考える。

日清・日露の戦役の際も、「ロスケ討つべし！」と声を挙げたのは大衆であり、メディアもこれを煽っていた。小村寿太郎の帰国後の大衆の反応を見ても、時代が大きな民意に包まれていたことが理解できる。また、大正デモクラシー期には普通選挙が実施され、「民意」によって内閣すらも倒れている。しかし、時代は「大日本帝国憲法」の施政下であり、現代人からは、「暗黒の戦前」と考えられている時代である。それでも「民意」で内閣が倒れていたのである。

憲法以外にもこのような法律の不備の例は多々ある。北朝鮮による拉致被害者に就いて触れれば、拉致被害者は、民法三十条、三十一条規定の失踪宣言により、既に死亡した者と看做されている。そして裁判所（司法）は実定法に依る判断しかできない。また、失踪宣言の取り消し要件が限定されている為、これを取り消すことができないでいる。つまり民法的には死亡している者の生存返還を求めているのである。法治国家であるわが国の警察および関連官庁（行政）は、三権分立により法に拘束されている為、拉致被害に於いても法律が足枷となり十分な活動ができないことが予想される。しかし、現実にはそれなりに機能しているのである。これは民法の「法理」もあるが、わが国の法制度自体が不文法的要素を多分に含んでいることを示すものといえよう。

「人治の国」と呼ばれたお隣の中国でさえも、建国当初こそ、法律の制定は遅れたが、現在ではかなり整備されている。中国だけでなく、多くの発展途上国も同様であるが、中国が「人治の国」と呼ばれるのは、決して法律が整備されていないからではない。どのような法律も完璧であることは不可能であり、まして時代の変化などの要素を加えると、「法の解釈」の段階で人間の意思が介在し、中国の場合は旧来からの悪弊である賄賂が上から下まで浸透しており、いわゆる「役得」は当然の権利として認識されている面が強いからである。しかしあくまでも「法治主義」の国であるので、発覚する可能性がある場合や、リスクが伴う場合は法律によって完全に制御されている。

近年は日本人の道徳観念も変化しつつあり、急病でもないのに救急車をタクシー代わりに使ったり、子供の教育に関して理不尽な要求を学校に押し付けてくる保護者が現れたり、一概に旧来の文化とは同列に扱うことができなくなっているが、基本的な面から考察すると、わが国の「法治主義」と、他国のそれとは異なるものを感じる。例えば、中国の場合、警察官がいなければ、赤信号でも、さらには信号の無い場所でも平気で道路を横断する。これも一つの文化である。わが国の場合は如何であろうか。上記のように近年こそ道徳観の変化が見られるものの、従来外国人が日本人を評価する場合の例として言われていたのは、「日本人は警察官がおらず、車が通ってなくても赤信号なら待つ」であった。考えてみれば甚だ不合理である。車も通っておらず、警察官もおらず、誰にも迷惑がかからないのなら、道路を渡ってしまえば良い。それなのに信号が変わるまでじっと待っている日本人の行動は、外国人から見た場合、極めて不合理かつ非効率的に思われるのであろう。これは順法精神を表

わしているのであって、不文法論とは関係ないように考えられるかもしれない。しかし、その底流に流れているものは、日本人は法律に「拘束」されているのではなく、「内心からの自己規律」によって行動しているのではと言えないか。

「国」という共同体に於いては、目に見えず、耳にも聞こえない「至高の価値」を備えているのではないかと思う。それは法律のように文字で表現できるものばかりとは限らない。わが国が、伝統的に有している固有の文化こそが最も重要な国の規範であるとする。

わが国の憲法は、以上述べたように不文法的であるとする。昨今は法科大学院制度、裁判員制度など司法制度の見直しが行われている。また、グローバル化により、成文法でなければ通用しない国際情勢にも変わりつつある。

わが国も国際社会の変化に対応すべく、明白にすべきところは可能な限り明白にし、余計な足枷によって国民の利益が損なわれないよう、またわが国の本質に合致するよう、憲法の内容を真剣に考え、国民全体で対処すべき時期に差し掛かっているのではないかと思うのである。

〈注〉

- ① わが国が無条件降伏したというのは俗説であり、ポツダム宣言という「条件」を受諾したのである。その中には「日本国が日本軍に対し、無条件に降伏させること」とある。つまり、無条件降伏とは日本軍が日本国政府より命じられたものである。また、元来軍隊ではなく、「国家」の場合は「降伏」であり、国家が無条件降伏の当事者として適格性をもつかどうか議論をよんでいる。しかし、降伏文書署名後に、米国大統領トルーマンからマッカーサーに対し、「天皇及び日本政府の国家統治の権限は、連合軍最高司令官としての貴官に従属する。～中略～われわれと日本との関係は、契約的基礎の上に立っているのではなく、無条件降伏を基礎とする（JCS1380/6=SWNCC181/2）との通達があり、これは米国の背信ともいえるが、実質その後サンフランシスコ平和条約に至るまで、わが国はGHQの統治下に置かれたものである。
- ② パール博士の論点は「裁判の目的、方向性が予め決定づけられており、判決ありきの政治劇である」というもので、東京裁判そのものを批判し、被告の全員無罪を主張した。理由としては「裁判憲章の平和に対する罪、人道に対する罪は事後法であり、国際法上、有罪であるとする根拠自体が成立しない」というものであった。
- ③ 例えば南米ではスペイン語とポルトガル語が使用されており、アフリカでは英語やフランス語など旧宗主国の言語が使用されている。これらは文明の伝播とも言えるが、アフリカの国境線を見れば判るとおり、列強の都合により統治されていたことが見て取れる。
- ④ 国の権力が事実上占領者の手に移りたる上は、占領者は、絶対的の支障なき限り、占領地の現行法規を尊重して、成るべく公共の秩序及び生活を回復確保する為、施し得べき一切の手段を尽くすべし（原文は旧字体）
- ⑤ 平成12年2月24日に行われた第147回衆議院憲法調査会での青山武憲参考人（日本大学法学部教授）による。
- ⑥ これを演繹すれば、「異文化共生」なるものを過度に推進すると、各自が個別の家風を持つ自分の家庭を有している中で、自分の家だけを開放して、他家の「家風」、「教育の仕方」、「宗教」などを

「グローバル化」し、自家の家風を失うことにもなりかねない。特に「家風」が道徳的、理想的であるほど、「悪貨は良貨を駆逐する」ことから、この傾向が顕著であると考えられる。「異文化」とは「住み分け」を考えるのが平和や秩序の維持に重要なのではなかろうか。

- ⑦ 正式名称は、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約」、英文は「Treaty of Mutual Cooperation and Security between the United States and Japan」である、昭和35年に締結された。

参考文献

- | | | | |
|-----------------------|---------|-------------|------------------|
| 「憲法の基礎知識」 | 有斐閣双書 | 昭和51年8月30日 | 芦部信喜 小嶋和司 田口誠一 著 |
| 「憲法」 | 法学書院 | 昭和55年12月20日 | 受験新報編集部 |
| 「憲法の要点整理」 | 実務教育出版 | 昭和56年2月28日 | 長尾一紘 著 |
| 「基本マスター憲法」 | 法学書院 | 昭和57年11月10日 | 受験新報編集部 |
| 「演習ノート憲法」 | 法学書院 | 昭和57年12月20日 | 浦田賢治 編 |
| 「答練 憲法」 | 学陽書房 | 昭和57年11月15日 | 池田政章 他 |
| 「国家と法 I 憲法」 | 放送大学教材 | 昭和60年3月20日 | 芦部信喜 著 |
| 「伊藤真の憲法入門」 | 日本評論社 | 平成13年4月25日 | 伊藤真 著 |
| 「現代国際関係論」 | 東洋経済新報社 | 平成17年4月28日 | 花井等、岡部達味 著 |
| 「国際法の話」 | NHKブックス | 昭和55年9月1日 | 田畑茂二郎 著 |
| 「憲法の常識 常識の憲法」 | 文春新書 | 平成17年4月20日 | 百地章 著 |
| 「憲法とはなにか」 | 小学館 | 平成12年5月3日 | 櫻井よしこ 著 |
| 「ウィキペディア (Wikipedia)」 | フリー百科事典 | 平成21年1月アクセス | |